



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 11020.002054/2009-34
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.416 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CÍRCULO OPERÁRIO CAXIENSE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2007

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. REGRAS DE ISENÇÃO. ART. 14 DO CTN.

Não se aplicam às contribuições sociais as regras de isenção previstas no art. 14 do Código Tributário Nacional.

ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. PERDA DA ISENÇÃO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Durante a vigência do art. 55 da Lei n.º 8.212/1991, para as entidades que haviam perdido o direito à isenção mediante Ato Cancelatório, havia a necessidade de pedido à Administração Tributária visando ao reconhecimento do benefício fiscal.

CONTRIBUIÇÃO SOBRE NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR COOPERATIVA DE TRABALHO. BASE DE CÁLCULO DISCRIMINADA NA NOTA FISCAL. PROCEDÊNCIA.

Na definição da base de cálculo da contribuição incidente sobre as faturas emitidas por cooperativa de trabalho, o fisco aferiu corretamente a base tributável, a qual correspondeu ao valor da remuneração dos cooperados destacado no documento fiscal.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM PELA REGRA DO INCISO I DO ART. 173 DO CTN.

Inexistindo antecipação de recolhimento das contribuições previdenciárias, a contagem do prazo decadencial tem como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que os tributos poderiam ter sido lançados.

EMPRESA QUE SE ENQUADRA INDEVIDAMENTE COMO ISENTA. RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS. INEXISTÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO PARA A COTA PATRONAL.

Não se considera antecipação de pagamento o recolhimento pela empresa indevidamente enquadrada como isenta da contribuição dos segurados, devendo-se contar a decadência das contribuições patronais pela regra do inciso I do art. 173 do CTN.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade. II) Por maioria de votos, rejeitar a arguição de decadência, vencidos os conselheiros Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que aplicavam a regra do art. 150, § 4º do CTN. III) Por unanimidade de votos, no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Leo Meirelles do Amaral, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 10-24.969 de lavra da 6.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Porto Alegre (RS), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir o Auto de Infração – AI n.º 37.218.772-2.

O crédito em questão refere-se à exigência das contribuições patronais para a Seguridade Social e, consoante o relatório fiscal, os fatos geradores das contribuições sociais lançadas decorreram das remunerações pagas a segurados empregados e a contribuintes individuais no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2007, inclusive 13. salários, discriminadas nas folhas de pagamento do sujeito passivo e pagamentos efetuados a Cooperativas de Trabalho Médico — UNIMED's, no mesmo período.

Afirma-se que o sujeito passivo, na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, declarou-se indevidamente como entidade beneficente de assistência social em gozo da isenção da cota patronal, deixando de recolher as contribuições devidas.

Acerca da perda da isenção, o fisco assim se pronunciou:

“3. Da perda da isenção patronal:

3.1. Da ação fiscal desenvolvida no Círculo Operário Caxiense em 2005, resultou na Informação Fiscal n° 35249.00029312005-10, para fins de cancelamento de isenção. Emitida a Decisão Notificação DN n° 19.422.4/001/2007, determinando o cancelamento da isenção patronal a partir de 01/01/1995, o que foi feito através do Ato Cancelatório de Isenção de Contribuições Sociais n° 19.422.1/001/2007, de 16/02/2007. Da decisão, o Círculo Operário Caxiense não apresentou recurso na esfera administrativa. Ajuizou Ação Ordinária n° 2008.71.07.000464-2/RS, pretendendo a anulação do referido Ato (Liminar/Antecipação da Tutela indeferido em 17/06/2008) e Agravo de Instrumento n° 2008.04.00.023771-0/RS, contra a decisão da ação ordinária que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (convertido em agravo retido, em 09/07/2008), tudo conforme cópias em anexo.”

Cientificado do lançamento em 19/06/2009, a autuada apresentou impugnação, cujas razões não foram acolhidas pelo órgão de primeira instância.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, no qual em apertada síntese apresentou os pontos abaixo.

Afirma que cumpre integralmente com seus objetivos estatutários, mencionando todas as atividades assistenciais e de promoção à saúde que desenvolve.

Apresenta títulos e registros que lhe foram outorgados em razão das suas ações na área de assistência social, quais sejam:

a) Registro no Conselho Nacional de Assistência Social, conforme Processo n. 00000.044804/1952-00, sessão de 03/10/1952;

b) Primeiro Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (atual Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social), processo n.º 00000.061883/1963-00, concedido em 20/08/1963;

c) Atestado de Registro no Conselho Municipal de Assistência Social, sob o n. 015/2009;

d) Declaração de Utilidade Pública Federal, pelo Decreto n. 64.309, de 07/04/1969, publicado no Diário Oficial da ' União de 09/04/1969;

e) Declaração de Utilidade Pública Estadual, Decreto n.º 13.558/62, de 09 de maio de 1962;

f) Declaração de Utilidade Pública Municipal, Lei n. 973, de 17/06/1960;

g) Registro no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente sob o n.º 119/99.

Ressalta que, desde 1963, o Círculo Operário Caxiense teve continuamente deferidos os seus pedidos de renovação do CEBAS, sendo o último com validade até 31/12/2009.

Diante de todos esses elementos, afirma não se sustentar o argumento do fisco de que as contribuições seriam devidas em razão do cancelamento do seu direito à isenção, decorrente do Ato Cancelatório de Isenção de Contribuições Sociais n. 19.422.1/001/2004, de 16/02/2007.

Nesse sentido, assevera que atende a todos os requisitos previstos no art. 14 do CTN, além ter demonstrado nos autos que preenche integralmente os requisitos constitucionais e infraconstitucionais necessários para que se revista da característica de imune ao recolhimento das contribuições sociais. Apresenta jurisprudência que militaria em seu favor.

Sustenta que não poderia ser afastada pela turma julgadora a preliminar de nulidade do AI pelo incorreto enquadramento da recorrente no “FPAS 515”, distinto daquele ao qual deveria ser enquadrada – “FPAS 639”. Isso porque o único fundamento em que se sustenta o acórdão recorrido é o Ato Cancelatório, que não tem força necessária a desconstituir a condição de entidade de utilidade pública, a qual foi concedida à recorrente mediante minucioso processo administrativo voltado à esmerada análise do cumprimento dos requisitos legais aplicáveis.

Suscita que ocorreu decadência parcial do crédito, uma vez que foi constituído em 16/07/2009, quando já havia transcorrido para algumas competências o prazo decadencial estabelecido no § 4. do art. 150 do CTN.

Acerca da contribuição incidente sobre as notas fiscais emitidas pela Cooperativa de Trabalho UNIMED, menciona que o acórdão recorrido ateve-se apenas ao disposto no contrato de prestação de serviços, deixando de analisar a efetiva operação existente entre o atuado e a cooperativa prestadora, a qual compreende não apenas honorários médicos,

Processo nº 11020.002054/2009-34
Acórdão n.º **2401-003.416**

S2-C4T1
Fl. 2.357

mas, também o fornecimento de materiais. Assim, a base de cálculo nesse levantamento ficou superestimada, chocando-se o procedimento adotado pelo fisco com as normas constantes no art. 291 da IN MPS/SRP n. 03/2005.

Alega que a multa foi aplicada incorretamente, posto que não foi observada a retroatividade benéfica da nova legislação, a qual conduziria à imposição da multa no patamar fixado no art. 61 da Lei n. 9.430/1996, ou seja, no máximo, 20% das contribuições devidas.

Ao final pede o cancelamento do AI, ou a sua retificação de modo que sejam saneadas as irregularidades ocorridas na apuração fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Isenção das contribuições

No período do lançamento 01/2004 a 12/2007, bem como na data da ciência da lavratura pelo sujeito passivo estavam em vigor as disposições do hoje revogado art. 55 da Lei n.º 8.212/1991, as quais regulavam a imunidade/isenção das contribuições sociais, prevista no § 7.º do art. 195 da Constituição Federal. Eis a norma:

Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal;

II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

II- seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos;

III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.

§ 1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido.

§ 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção.

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar.

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo.

§ 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento.

§ 6º A inexistência de débitos em relação às contribuições sociais é condição necessária ao deferimento e à manutenção da isenção de que trata este artigo, em observância ao disposto no § 3º do art. 195 da Constituição.

O texto legal transcrito nos indica que as entidades, ressalvados os casos de direito adquirido, deveriam requerer ao INSS a isenção das contribuições patronais previdenciárias.

No caso sob apreciação, percebe-se a entidade autuada teve o seu direito ao gozo da isenção cancelado com efeitos retroativos a 01/1995. Contra esse Ato foi ofertada impugnação, a qual não foi acolhida pelo órgão de julgamento. Desistindo do processo administrativo, a autuada buscou a via judicial para afastar os efeitos do Ato Cancelatório de Isenção. O processo em questão Mandado de Segurança 2007.71.07.004097-6/RS, foi extinto sem julgamento de mérito.

Não tendo sucesso no mencionado Mandado de Segurança, apresentou questionamento no Poder Judiciário através da Ação Ordinária nº 2008.71.07.000464-2 pedindo Antecipação de Tutela, que foi indeferida em 19/06/2008.

Assim, não há dúvida que para readquirir a condição de entidade imune/isenta, a recorrente teria que novamente requerer o benefício à Administração Tributária, demonstrando que atendia a todos os requisitos da legislação vigente, *in casu*, o art. 55 da Lei n.º 8.212/1991.

Quanto às questões discutidas no processo relativo ao Ato Cancelatório de Isenção não nos cabe apreciá-las por dois motivos. Primeiro, o julgamento de primeira instância transitou em julgado na esfera administrativa, posto que a entidade dele não recorreu. Em segundo lugar, ao recorrer ao Judiciário para afastar os efeitos do Ato, a autuada renunciou à discussão administrativa, conforme previsto em súmula do CARF:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo

órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

O fato da entidade apresentar vasto rol de atividades assistenciais, bem como de comprovar a posse de títulos, certificações e registros necessários ao gozo do benefício fiscal não altera a sua situação. É que, conforme visto acima, nos termos do § 1.º do art. 55 da Lei n.º 8.212/1991, havia a necessidade da empresa fazer o requerimento ao INSS e apresentar toda a documentação exigida na Lei, portanto, somente a posse dos documentos e o cumprimento de outros requisitos não eram suficientes a garantir a isenção/imunidade.

Diante dessas evidências, forçoso concluir que não deve prevalecer a tese da nulidade do AI em razão do incorreto enquadramento efetuado pelo fisco no “FPAS 515”, haja vista que a empresa não era reconhecida pela Administração Tributária como entidade beneficente de assistência social isenta/imune do recolhimento das contribuições sociais.

Aplicação do art. 150, VI da CF e art. 14 do CTN

A invocada imunidade da recorrente com base no art. 150, VI, da Constituição Federal não se sustenta. Vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

(...)

Como se pode ver do comando constitucional, a imunidade ali traçada diz respeito apenas aos impostos, que é espécie tributária diferente de contribuição, exação tratada no presente AI.

Na verdade, o desdobramento infraconstitucional do inciso IV do art. 150 da Lei Maior encontra-se na alínea “c” do inciso IV do art. 9.º e no art. 14, ambos do CTN, assim redigidos:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - cobrar imposto sobre:

(...)

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10.1.2001)

(...)

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

(...)

Como se pode ver, esses dispositivos do CTN tem aplicação restrita à imunidade/isenção relacionada aos impostos. Para as contribuições destinadas à Seguridade Social, o legislador constituinte reservou o § 7.º do art. 195 quando pretendeu tratar de imunidade/isenção, dispositivo esse que foi regulamentado pelo art. 55 da Lei n.º 8.212/1991 e hoje é tem regramento ordinário na Lei n.º 12.101/2009.

Decadência

Tendo entendido que de fato a empresa não era detentora da imunidade/isenção quanto ao recolhimento da cota patronal previdenciária, agora já posso tratar da alegada decadência.

É cediço que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991 pela Súmula Vinculante n.º 08, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 12/06/2008, o prazo decadencial para as contribuições previdenciárias passou a ser aquele fixado no CTN.

Quanto à norma a ser aplicada para fixação do marco inicial para a contagem do quinquídio decadencial, o CTN apresenta três normas que merecem transcrição:

Art. 150 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

.....
Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

(...)

A jurisprudência majoritária do CARF, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o § 4.º do art. 150 do CTN para os casos em que há antecipação de pagamento do tributo, ou até nas situações em que não havendo a menção à ocorrência de recolhimentos, com base nos elementos constantes nos autos, seja possível se chegar a uma conclusão segura acerca da existência de pagamento antecipado.

O art. 173, I, tem sido tomado para as situações em que comprovadamente o contribuinte não tenha antecipado o pagamento das contribuições, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação e também para os casos de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Por fim, o art. 173, II, merece adoção quando se está diante de novo lançamento lavrado em substituição ao que tenha sido anulado por vício formal.

Considerando-se que a empresa se declarava indevidamente como entidade isenta do recolhimento das contribuições lançadas, não há o que se falar em antecipação do pagamento, haja vista que havia apenas o recolhimento da contribuição descontada dos segurados.

Assim, a contagem do prazo decadencial deve ser efetuada com base na regra constante no inciso I do art. 173 do CTN. Tendo-se em conta que a cientificação da lavratura ocorreu em 19/06/2009 e o período do crédito é de 01/2004 a 12/2007, não há o que se falar em transcurso do prazo decadencial, devendo ser afastada essa alegação recursal.

Base de cálculo da contribuição sobre as faturas emitidas por cooperativa de trabalho

Acerca da suposta majoração indevida da base de cálculo da contribuição prevista no inciso IV do art. 22 da Lei n.º 8.212/1991, vale a pena inicialmente transcrever as considerações do órgão recorrido sobre a questão:

“Contrariamente ao alegado na impugnação, o Relatório fiscal (fls. 663) afirma que as bases de cálculo utilizadas foram as destacadas nas faturas emitidas pelas cooperativas de prestação de serviços médicos (UNIMEDs), o que se confirma com o exame das planilhas "demonstrativas das bases de cálculo destacadas nas faturas emitidas pelas cooperativas de prestação de serviços médicos", às fls. 1323/1341, corroborado pelas NFs acostadas às fls. 1342/1928. As bases de cálculo utilizadas são exatamente as destacadas pelas prestadoras em suas Notas Fiscais, como o seguinte texto: "a base de cálculo para contribuição ao INSS de acordo com o art. 1º da Lei 9876 que altera o item IV do

art. 22 da Lei nº 8212, relativo aos serviços prestados por cooperados corresponde a R\$... "

Tenho assim, como infundada a alegação, em especial porque a impugnante não identifica sequer uma nota fiscal em que tenha sido apurada base de cálculo neste lançamento, diferente da destacada nas NFs emitidas pelas cooperativas."

No recurso a autuada limita-se a repetir os termos da defesa, afirmando que foram observados apenas os contratos, não se atendo o fisco, nem a Turma Julgadora, às notas fiscais emitidas.

Ora, conforme transcrição do voto condutor do acórdão recorrido, na definição da base de cálculo da contribuição incidente sobre as faturas emitidas pela Cooperativa de Trabalho Médico, foram considerados exatamente os valores destacados nos documentos fiscais.

Observo que a entidade, como já havia procedido na impugnação, não trouxe um caso sequer que pudesse demonstrar a incorreção no procedimento de apuração levado a efeito pela Autoridade Lançadora.

Ao descrever o lançamento onde foram abrigados os fatos geradores em questão, o fisco mencionou:

*"9.4. CÓDIGO DE LEVANTAMENTO "COO":
DEMONSTRATIVO DAS BASES DE CÁLCULO
DESTACADAS NAS FATURAS EMITIDAS PELAS
COOPERATIVAS DE SERVIÇOS MÉDICOS (UNIMED),
NÃO DECLARADAS EM GFIP.*

9.4.1. Em anexo ao demonstrativo supracitado, cópias das faturas emitidas pelas cooperativas de prestação de serviços médicos relativas ao período de 01/2004 a 12/2007."

Por outro lado, quando se vai analisar as notas fiscais emitidas, depara-se com dados complementares lançados nos documentos que não deixam dúvida de que as bases de cálculo adotadas pelo fisco foram exatamente aquelas destacadas nas notas fiscais, as quais não contemplam materiais, como afirma a recorrente. Não custa reproduzir os termos lançados nos dados complementares nas notas emitidas pelas três cooperativas contratadas pela autuada, colacionadas às fls. 1342/1928 (processo papel):

"DADOS COMPLEMENTARES - A base de calculo para contribuição ao INSS de acordo com o art . 1 da Lei 9.876 que altera o item IV do art . 22 da Lei 6212, relativo soe serviços prestados por cooperado corresponde a R\$ 167,79"

Nesse contexto, não devo dar razão ao inconformismo do sujeito passivo quanto à base tributável do levantamento "COO — UNIMED - BASE CALCULO. FATURAS".

Multa

Sobre as contribuições lançadas foi aplicada multa no patamar de 24%, conforme o art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, na redação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores.

Requer o sujeito passivo que a multa seja imposta observando-se a nova redação dada ao dispositivo em questão pela MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009, que trouxe ao art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 a seguinte redação:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009).

O referido art. 61 da Lei n. 9.430/1996 assim prescreve:

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto n.º 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

(...)

Ocorre que a aplicação retroativa a que se refere dispositivo acima somente tem lugar quando se está diante de pagamento espontâneo, ou seja, não objeto de lançamento de ofício.

Às situações em que o sujeito passivo deixou de declarar os fatos geradores e recolher as contribuições, levando o fisco a constituir o crédito tributário, a regra da novel legislação é o art. 44, I, da Lei n. 9.430/2006, conforme previsão do art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, introduzida pela MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2008:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).

Processo nº 11020.002054/2009-34
Acórdão n.º 2401-003.416

S2-C4T1
Fl. 2.361

Portanto, não há de se acatar o requerimento da empresa, posto que o art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, impõe multa mais gravosa (75% do tributo não recolhido) que aquela prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, na redação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores.

Nesse sentido, deve-se manter a multa aplicada no lançamento, posto que a aplicação retroativa da nova legislação conduziria a um valor mais gravoso ao sujeito passivo.

Conclusão

Voto por afastar a preliminar de nulidade do lançamento e a decadência e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.